

SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO

SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO

1. ARTIGOS

CRITÉRIO CENSITÁRIO PARA ACESSO A DIREITOS HUMANOS – O ACESSO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

FERNANDO CÉZAR CARRUSCA VIEIRA

Bacharel em Direito

“Ainda é possível existir e viver. Ainda é possível contrapor um dique à corrente, inverter-lhe o curso. Com a condição de manter os olhos abertos. De ficar de pé. De defender cada parcela de vida.” (GARAUDY).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito à Saúde. 3. Sistema Único de Saúde. 4. Assistência Farmacêutica. 5. Relação de Julgados. 6. Reflexão Inicial. 7. Estudo de Jurisprudência e Alerta. 8. Das Decisões Jurídicas. 9. Conclusão. 10. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho baseia-se na Ação Civil Pública nº 024031632409, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face do Estado de Minas Gerais, em que o autor tem a pretensão de obter tutela jurisdicional no sentido de condenar o réu à obrigação de fazer consistente no fornecimento de medicamentos excepcionais para os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS em Minas Gerais, presentes e futuros, portadores de asma grave, quando houver prescrição médica indicando a utilização de tais fármacos, prosseguindo-se o fornecimento enquanto ela perdurar.

Apreciado o pedido antecipatório articulado pelo autor, o Juízo *a quo* deferiu a tutela, determinando ao Estado o fornecimento, de imediato, aos usuários do SUS portadores de Asma Grave, dos medicamentos Beclometasona, Budesonida, Fenoterol, Formoterol, Salbutamol e Salmeterol, sob pena de multa diária de mil reais por dia de atraso no fornecimento em relação a cada usuário. Diante de tal decisão, o Estado interpôs agravo de instrumento pleiteando a sua reforma e o recebimento do recurso com efeito suspensivo.

Em decisão monocrática, o Desembargador relator suspendeu parcialmente os efeitos da liminar, para que abrangesse apenas os medicamentos selecionados pelo agravante, a saber, Budesonida, Formoterol e Salbutamol, sob o argumento de que o fornecimento deles bastava para atender às necessidades dos usuários do SUS. Determinou, ainda, que o

fornecimento fosse restrito aos pacientes que comprovassem rendimento inferior a quinze salários mínimos mensais cumulativamente com a apresentação de receituário de médico que prestasse serviços ao SUS.

A decisão acima faz parte de um conjunto de recentes decisões dos tribunais brasileiros acerca da assistência farmacêutica prestada no âmbito do SUS, que têm despertado reflexões, referentes ao atual estágio da evolução dos direitos humanos, e sinais de alerta referentes às consequências e aos rumos que essa evolução pode tomar em face da proliferação de julgados que, dialogando com doutrinas jurídicas autoritárias e cientificamente superadas e em nome da proteção ao direito à saúde, vêm negando sua vigência e têm, sob o pretexto de gerar inclusão social e justiça distributiva, colocado o atual estágio da evolução dos direitos humanos em grande encruzilhada. A análise do substrato teórico de tais decisões e das consequências advindas de tal posicionamento constituem os objetivos do presente trabalho.

No entanto, inicialmente, apresentaremos noções relativas ao SUS, à assistência farmacêutica integral e ao direito à saúde a fim de facilitar a abordagem do tema. Posteriormente, passaremos ao estudo da jurisprudência recente acerca do direito à saúde, buscando atingir os objetivos propostos.

2. Direito à Saúde

O direito à saúde, gerado na redefinição dos direitos fundamentais operada pelo constitucionalismo social é, hoje, previsto no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana em todas as nações ocidentais que se pretendem civilizadas. Ele representa a busca pela preservação de um dos valores mais extraordinariamente relevantes para a vida humana. São nos agravos da saúde que os seres humanos demonstram suas fragilidades e necessidades de amparo, de forma que, quando faltam ajuda e amparo, há, até mesmo, risco real de morte, o que, em última instância, pode configurar terrível crime de omissão.

A saúde é, pois, valor que exerce influência direta em uma necessidade fundamental do homem contemporâneo – a *autonomia* (GUSTIN, 1999, p. 31) (condição básica cujo conceito evolui e transformou-se ao longo da história). Então, deve ser protegida a fim de que o indivíduo possa, com um universo maior de possibilidades, desenvolver sua personalidade, suas potencialidades.

Assim, pode-se concluir que a promoção do efetivo acesso à saúde é medida indispensável para salvaguardar, devidamente, o direito à vida, pressuposto para o gozo e exercício dos demais direitos fundamentais. No contexto do Estado democrático de direito, garantir o direito à vida não se restringe a exigir do Estado uma postura passiva, que não atente contra o direito maior do ser humano. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88), o direito à vida consiste em viabilizar a todos condições de vida dignas, passando, pois, pelo acesso universal e integral à saúde.

A preservação e busca das melhores qualidades nos campos físico, mental e espiritual da pessoa constituem condições, antes de fundamentos, para promoção de nosso desenvolvimento como seres humanos. Nesse diapasão, cumpre ressaltar que o conceito de saúde construído pela Organização Mundial de Saúde – OMS vai além da perspectiva de ausência de enfermidades, orientando-se pela necessidade de se garantir ao indivíduo o efetivo estado de bem-estar físico, mental e social.

Diante do exposto, não por acaso, a idéia de direito humano relacionou-se com a de saúde e foi incluído no rol dos direitos fundamentais (art. 6º da CF/88), sendo que, como tal, é devido a todo ser humano em razão de ser homem, como veremos, pois, desde o século XVIII, a idéia de humanidade passa a ser descrita em seu sentido qualitativo, abrangendo, assim, todas as pessoas desconsiderando, entre outros fatores, as diferenças de classe econômica. Como consequência disso, goza de exigibilidade imediata, a teor do que prescreve o art. 5º, § 1º, da CF/88.¹

3. Sistema Único de Saúde

A tutela da saúde no Brasil foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934 – o atendimento limitou-se apenas ao mercado formal de trabalho urbano, sendo que, em 1946, iniciou-se o cuidado com a assistência ao trabalhador rural (SANTOS, 2002, p. 17).

Em 1975, através da Lei 6.229, a União criou o Sistema Nacional de Saúde. A competência para execução das ações e serviços era dividida entre os Ministérios da Saúde e da Previdência Social, da Educação e do Trabalho. (SANTOS, 2002). Procurou-se consolidar o processo de expansão da cobertura assistencial iniciado na metade dos anos 70, em atendimento às proposições formuladas pela OMS, que preconizava saúde para todos, através da atenção básica à saúde (SANTOS, 2002). Iniciou-se então um movimento de reforma sanitária brasileira. As propostas buscavam uma nova política de saúde: democrática, descentralizada, universal e unificada.

No início da década de 80, o movimento sanitário já contava com o apoio e reconhecimento da população. Os discursos pela implantação do SUS começaram a fluir. Com o país registrando grave crise financeira da Previdência Social e com o processo de redemocratização, foi instalada a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada de 17 a 21 de março de 1986, sendo considerada a pré-constituente do SUS.

¹ Nada obstante, como direito social que é, o acesso à saúde depende de prestações positivas do Estado e, por consequência, da respectiva alocação de recursos orçamentários pelas três esferas da federação, que constitui competência material comum.

Atenta a tal circunstância, a Constituição assegurou a devida fonte de recursos para a sua promoção, através do investimento de percentuais mínimos de recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para o custeio das ações e serviços públicos de saúde (art. 198) e impôs que o acesso à saúde fosse garantido, inclusive, por meio de políticas econômicas (art. 197). Assim, a garantia do acesso à saúde foi tratada pela Constituição como prioridade, não se subordinando à discricionariedade do administrador.

Em 1987, então, foi implementado o Sistema Unificado e Descentralizado da saúde – SUDS, que foi a primeira aproximação estratégica para o SUS, passando a serem adotados princípios da universalidade, equidade no acesso à saúde, integralidade dos cuidados, desenvolvimento das instituições colegiadas e dos recursos humanos.

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi, finalmente, declarado direito fundamental (art. 6º CF/88). Orientada pelas propostas do movimento de reforma sanitária, a Constituição criou o SUS, com o escopo de organizar a atuação dos entes federados na promoção das ações e serviços públicos de saúde². O que levou a essa transformação foi o consenso quanto à total inadequação do sistema anterior, caracterizado pela completa irracionalidade e desintegração das unidades de saúde, com baixa cobertura assistencial da população, com segmentos populacionais excluídos do atendimento. Antes, a legislação infraconstitucional poderia até permitir a separação entre o sistema de saúde dos segurados da previdência social, integrantes do mercado formal de trabalho.

SUS é, pois, uma nova formulação política e organizacional para o reordenamento dos serviços e ações de saúde. O SUS é um novo sistema de saúde que está em construção. Ele segue a mesma doutrina e os mesmos princípios organizativos em todo o território nacional, sob a responsabilidade das três esferas autônomas de governo: Federal, Estadual e Municipal. Dessa forma, a Constituição estrutura, através de regras e princípios, as formas de proteção e garantia da saúde pública. E o SUS foi instituído, justamente, para cumprir missão constitucional de promover o acesso à saúde, tornando-se o plano de saúde de todos os brasileiros (SANTOS, 2002, p. 17). E dentre os princípios constitucionais que informam as ações e serviços públicos de saúde no Brasil, temos, entre outros:

1. *princípio da universalidade* (art. 194, I; art. 196, *caput*): como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde, em todos os níveis de assistência (inclusive a farmacêutica). Não há espaço para preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

2. *princípio da isonomia*: todos os brasileiros são iguais perante o SUS, não existe, por exemplo, divisão em categorias de plano. A única diferenciação admissível se dá no que se refere às necessidades de cada atendimento, a ser aferida por critério médico;

3. *princípio democrático*: o controle social é importantíssimo nas políticas referentes à saúde pública, afinal, no paradigma do Estado democrático de direito, as políticas públicas devem ser implementadas em conjunto com a sociedade e não apesar da sociedade. Nesse sentido, a Lei 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do

² Importante ressaltar que a Constituição, nos arts. 23, II, e 24, XII, estabeleceu que a promoção e proteção da saúde constitui competência material comum e competência legislativa concorrente entre os entes da federação, sendo o SUS orientado pela diretriz da descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, da CF/88). Na verdade, pode-se afirmar, com segurança, que o arcabouço normativo que organiza o SUS encontra-se em perfeita consonância com o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF/88), na medida em que atribui a cada esfera de governo sua parcela de responsabilidade dentro do Sistema.

SUS, instituindo os conselhos de saúde como órgãos deliberativos de participação da sociedade civil no Sistema;

4. *princípio da integralidade* (art. 198, II): o atendimento deve ser integral, deve-se considerar o homem como uma totalidade, e é na abrangência desta totalidade, que o atendimento do SUS deve ser prestado. Também o SUS deve ser considerado um todo indivisível com capacidade de prestar assistência integral (inclusive farmacêutica – art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90). Disso resulta que o SUS abrange o acesso a ações de promoção (eliminar ou controlar causas das doenças e agravos), de proteção (prevenção de riscos e exposições a doenças), e de recuperação (buscam evitar a morte de pessoas doentes, e seqüelas, atuando sobre os danos);

5. *princípio da resolutividade*: quando demandado, o serviço de saúde deve estar capacitado para enfrentar qualquer problema de saúde que o indivíduo ou a comunidade enfrente, até o nível da sua competência (SANTOS, 2002, p. 24) porque, garantir tratamento ineficaz, ou meio-tratamento, equivale, rigorosamente, a assegurar tratamento nenhum.

O arcabouço jurídico do SUS, mesmo que ainda em formação, já prevê, pelo que vemos, uma série de comandos direcionados ao fomento à saúde, a políticas de materialização desse direito fundamental. Avanços importantes podem, então, ser percebidos no que se refere à saúde pública no Brasil, pois se antes vivemos trágicos episódios como a Revolta da Vacina³, hoje se tem o direito à saúde incluído no rol dos direitos fundamentais e há também uma crescente tendência à universalização e descentralização do SUS. Além disso, busca-se uma maior inclusão social no âmbito da saúde. No entanto, devemos estar atentos frente aos novos modos de exclusão que essa inclusão gera como, por exemplo, o sucateamento de muitos hospitais da rede pública, a falta de responsabilidade estatal na assistência farmacêutica, entre outros.

4. Assistência Farmacêutica

Antes de propriamente elaborarmos nosso estudo jurisprudencial, cabe ainda, preliminar-

³ Em 1904, enquanto Oswaldo Cruz combatia febre amarela, os casos de varíola começaram a crescer assustadoramente na capital. Em meados do ano, o número de internações no Hospital de Isolamento São Sebastião chegava a 1.761. Para enfrentar a epidemia, em 29 de junho de 1904, a Comissão de Saúde Pública do Senado apresentou ao Congresso projeto de lei reinstaurando a obrigatoriedade da vacinação, o único meio profilático real contra a varíola, em todo o território nacional. Figuravam no projeto cláusulas draconianas que incluíam multas aos refratários e a exigência do atestado de vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens etc. [...] A lei que tornava obrigatória a vacinação anti-variolica, logo batizada de Código de Torturas, foi aprovada em 31 de outubro e regulamentada nove dias depois, abrindo caminho para a chamada Revolta da Vacina. Durante uma semana, milhares de pessoas saíram às ruas para protestar, enfrentando forças da polícia e do exército. A revolta foi violentamente reprimida e o saldo da refrega, segundo os jornais da época, foi de 23 mortos, dezenas de feridos e quase mil presos. [...] Rodrigues Alves logo reassumiu o controle da situação, mantendo-se na Presidência. Recusou-se a demitir Oswaldo Cruz, alvo de manifestações de violenta hostilidade, mas teve que capitular em relação à obrigatoriedade da vacinação, que foi imediatamente suspensa. Em 1908, um novo surto de varíola acometeria mais de nove mil pessoas na cidade.

mente, esclarecer alguns pontos sobre a assistência farmacêutica integral, a fim de que melhor possamos prosseguir o estudo. Relevante é ressaltar que, além de todos os princípios constitucionais sobre a saúde (artigos 196 e seguintes e, especificamente o art. 198, II, estabelecendo como diretriz o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais), existe dispositivo legal que estabelece, especificamente, o direito à assistência farmacêutica integral.

De fato, o art. 6º, I, *d*, constante do capítulo Dos Objetivos e Atribuições do SUS - Lei nº 8.080/90, estabelece que a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do SUS. Assim, é que, por onde se analisa a questão, o direito dos usuários e pacientes do SUS de receberem medicamentos que lhes forem regularmente prescritos é inafastável. Deriva de preceito constitucional, que não pode ser condicionado a protocolos, que servem para melhor estruturar o sistema, mas não cercear direitos e refutar o ato médico de prescrição do medicamento.

A assistência farmacêutica contida expressamente na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) é tratada pelo Ministério da Saúde na Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que define publicamente os programas, orientações, formulações políticas e administrativas acerca da estratégia geral, bem como aponta as competências para atuação nos três níveis de governo. É sabido que a política nacional de medicamentos é parte essencial da política nacional de saúde, garantindo a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população (NEGRI, 2002, p. 9).

A assistência farmacêutica no SUS envolve as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME, regulamentação sanitária de medicamentos, reorientação da assistência farmacêutica, desenvolvimento científico e tecnológico, promoção da produção de medicamentos, desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, controle da qualidade e utilização – compreendida a prescrição e a dispensação – o que deverá favorecer a permanente disponibilidade dos produtos selecionados com base em critérios epidemiológicos (NEGRI, 2002).

Cumprе esclarecer que, orientada pelo princípio federativo, a Política Nacional de Medicamentos distribui a responsabilidade pela assistência farmacêutica entre os gestores do Sistema (federal, estadual e municipal), impedindo a sobrecarga de alguma das esferas em proveito das demais, bem como sua onerosidade excessiva e a pluralidade de programas. Caberá ao gestor estadual, entre outras responsabilidades, coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu âmbito, como definido pela Portaria MS nº 1318/02. Os medicamentos elencados na Portaria são conhecidos como excepcionais, isto é, de alto valor unitário ou que, por cronicidade do tratamento, tornam-se excessivamente caros para serem suportados pelos usuários. Utilizados no nível ambulatorial, a maioria deles é de uso crônico e parte deles integra tratamentos por toda a vida (SOUZA, 2002, p. 11).

O Programa de Medicamentos Excepcionais existe desde 1993, mas, a partir de 1997, houve incremento da lista, embora sua dispensação persistia irregular e inconstante nas Secretarias Estaduais de Saúde. Todavia, a partir de 2002, o Programa de Medicamentos Excepcionais foi remodelado pelo Ministério da Saúde e recebeu o aporte de R\$ 483 milhões e, neste ano de 2004, a previsão orçamentária supera o valor de R\$ 590 milhões (SOUZA, 2002). Em termos operacionais, os recursos financeiros para a aquisição dos medicamentos excepcionais são transferidos pelo Ministério da Saúde aos Estados todos os meses e de forma antecipada. Os Estados planejam a aquisição a partir das necessidades, adquirem e controlam a distribuição e os estoques (SOUZA, 2002).

Finalmente, destaque-se que, após três anos de preparo, de forma valiosa e audaciosa, do ponto de vista técnico, o Ministério da Saúde lançou a obra *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* para os medicamentos excepcionais, um manual colocado à disposição dos gestores do SUS e profissionais relacionados à saúde que traçam o planejamento desde o diagnóstico até o tratamento das doenças, passando por conceitos, aspectos epidemiológicos, potenciais complicações e morbi-mortalidade associada à doença, detalhando todo o tratamento (SOUZA, 2002). *In casu*, a patologia é tratada pela Portaria SAS/Ministério da Saúde nº 12, de 12 de novembro de 2002, que contemplou o *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas* para o tratamento da asma grave. Tal protocolo evidencia a necessidade do uso dos medicamentos, os riscos, os critérios de inclusão e exclusão nos tratamentos.

5. Relação de Julgados

Em decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento nº 1.0024.03.163240-9/00/MG, que inspirou a realização deste trabalho, o relator do recurso determinou a restrição da eficácia da liminar, deferida em 1ª instância, para o fornecimento de medicamentos, ao limitar o rol de fornecimento aos fármacos selecionados pelo agravante, e ao estabelecer a posse de receituário de médico vinculado ao SUS e renda inferior a 15 salários mínimos como requisitos cumulativos para o acesso gratuito aos medicamentos devidos. Na oportunidade, o magistrado salientou que:

[...] o fornecimento de medicamentos gratuitamente para quem o pode pagar, constitui evidente desperdício de recursos públicos, imprescindíveis para a realização do direito à saúde das pessoas carentes [...]. Por último, convém que se atendam gratuitamente apenas os pacientes portadores de receituários fornecidos por médicos vinculados ao SUS. A hipossuficiência deverá ser caracterizada mediante comprovação de rendimentos inferiores a 15 (quinze) salários mínimos, levando em conta que se tratam de medicamentos de alto custo.

A fundamentação acima encontra respaldo em outras manifestações do Poder Judiciário como no julgamento do Mandado de Segurança nº 000.314.450-8/00/MG, em que se decidiu que é inafastável o dever do poder público de fornecer, às suas expensas, a pessoas carentes e portadoras de moléstia grave, medicamentos destinados a assegurar-lhes a continuidade da vida e a preservação da saúde. No julgamento do Mandado de Segurança

nº 296.243–9/MG, o Desembargador relatou que:

Meu posicionamento, em casos semelhantes, tem sido no sentido de que não se pode fazer todo o tipo de exigência ao Estado, no que tange ao custeio de remédios e tratamentos médicos caros e complicados. A teoria constitucional é louvável [...]. De fato, é sabido que o Estado nem de longe possui recursos necessários para proporcionar, a cada um que dele necessita, o devido tratamento médico, e não se pode tentar a fórceps retirar esses recursos de um combalido e extremamente deficitário sistema público de saúde.

Na ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 000.288.512-7/00/MG, a magistratura pronunciou-se no sentido de que: “Cabe ao Poder Público fornecer às pessoas necessitadas, gratuitamente, medicamentos necessários para o tratamento de doença crônica de alto custo, a encargo do SUS”. Na decisão acerca do Mandado de Segurança nº 1.000.03.401299–7/000/MG, o magistrado sentenciou que:

Não é razoável que um médico particular eleito pelo impetrante, estranho ao sistema público de saúde possa ter tal poder de ingerência, praticamente administrando o setor público de saúde. Do contrário, as consequências poderão ser graves, com a instalação de uma anarquia no SUS que inviabiliza o controle estatal sobre os seus recursos.

Outros tribunais do país também são seduzidos pelo argumento de que o acesso à saúde deve ser garantido para pessoas *hipossuficientes*. Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa de acórdão proferido pelo TJGO que, embora deferindo a tutela, argumentou com base na hipossuficiência da parte:

Duplo grau de jurisdição. Mandado de segurança. Fornecimento de medicação prescrita. Direito à saúde - dever do estado. A saúde é direito constitucionalmente garantido. Tendo sido prescrito pelo médico a terapia medicamentosa a paciente e sendo esta pessoa *hipossuficiente* para tal tratamento, caberá ao Estado atender as necessidades essenciais ao tratamento específico ao cidadão. Direito líquido e certo configurado. Remessa conhecida e improvida. (Duplo grau de jurisdição obrigatório nº 9263-0/195).

Em outro aresto, o Tribunal goiano manteve a mesma orientação:

Mandado de segurança. Pretendente hipossuficiente. Continuidade na entrega de medicamento. Dever inarredável do estado. A saúde é direito primário do ser humano, constituindo dever inarredável do Estado promover as medidas indispensáveis ao seu pleno e efetivo exercício, sendo imperativo a administração pública assegurar o fornecimento do medicamento, ate a recuperação do paciente carente conforme preconizado nos artigos 6 e 196 da Constituição Federal. Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 11206-9/101).

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se enveredou por tal caminho em

caso em que cuidava de saúde da criança e do adolescente: “É dever do Poder Público, *em face da impossibilidade de a família arcar com tais gastos*, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente o direito à saúde, competindo-lhe respeitar e cumprir os preceitos legais que regem a matéria.” (BRASIL, 2001). No caso acima, constata-se, implicitamente, como condição para o acesso ao serviço público de saúde, a impossibilidade de custear tratamento.

6. Reflexão Inicial

A história dos direitos humanos pode ser descrita como a história dos modos através dos quais a sociedade moderna pretendeu centralizar no sistema jurídico as formas de inclusão e exclusão social do homem (MAGALHÃES, 2003, p. 15). Após as revoluções burguesas, o conceito de humanidade, cuja tendência à generalização acentuou-se ao longo do século XVIII passou a significar, através de uma perspectiva predominantemente quantitativa, tão-somente a totalidade aritmética dos homens (ocultando as diferenças qualitativas que subsistiam), e assim, a igualdade do estado de natureza, declarada, torna-se a igualdade do estado civil: igualdade que não precisa da lei para realizar-se, mas que se transforma em *igualdade perante a lei* (MAGALHÃES, 2003, p. 210). A semântica dos direitos humanos, neste contexto:

[...] ofereceu, então, uma grande prestação para a sociedade moderna: a possibilidade de se explicar, ainda através da noção de direito anterior a toda forma de direito positivo e, portanto, de um princípio unívoco, a contingência social que permitia a superação da estratificação e, ao mesmo tempo, o prosseguir da diferenciação social. (MAGALHÃES, 2003, p. 211).

Consistiu, pois, numa resposta da sociedade moderna à diferenciação funcional, em que se pretendeu atribuir ao direito a tarefa de realizar a integração social como agente capaz de corrigir os desvios do processo civilizatório (MAGALHÃES, 2003). Assim, os titulares dos direitos humanos são as pessoas naturais, enquanto tais, independentemente de suas qualidades pessoais: estéticas, econômicas, religiosas, entre outras. Essa evolução é fruto de um processo tremendamente complexo no qual se rompeu a sociedade estratificada e nasceu uma sociedade complexa, que:

[...] requereu a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, ou seja, tornou plausível e exigiu a idéia de que somos, pela primeira vez na história, uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes, uma vez que somos diferentes, plurais em dotes e potencialidades desde o nascimento e nos reconhecemos o direito de sermos diferentes e de exercermos as nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercermos nossas liberdades. (CARVALHO NETO, 2001, p. 143).

Nesse contexto cabe ainda dizer que, na modernidade, a vida (com seus fenômenos próprios na ordem do saber e do poder) entra na história, de forma que o homem moderno

é agora um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão, diferente do homem aristotélico: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política. (FOUCAULT, 2001, p. 131). E no desenvolvimento deste bio-poder, cuja tarefa principal é regular a vida, afinal o poder político assume a tarefa de gerir a vida, surge a necessidade de um sistema normativo mais direcionado à regulação da vida (FOUCAULT, 2001), à normalização na sociedade, ao investimento sobre a vida e menos relacionado ao poder de matar⁴.

Assim, com a substituição do velho direito de causar a morte ou deixar viver pelo poder de causar a vida ou devolver a morte (FOUCAULT, 2001) ocasionada pelo desenvolvimento do bio-poder, podemos claramente perceber como o sentido quantitativo da idéia de humano começa a sobressair em razão do sentido qualitativo. Os titulares dos direitos humanos não mais serão os nobres de sangue azul, ou os soberanos, ou os membros de determinada casta ou estrato social, mas a totalidade dos homens.

A própria pretensão de validade das normas jurídicas universais, segundo o princípio democrático que surge, estará vinculada ao consentimento, ou melhor, à participação de todos os cidadãos em um processo discursivo de legislação que, por sua vez, foi constituído legalmente, conforme Habermas, citado por Galuppo (2003, p.231). O cruzamento da noção de direito com a semântica atual da idéia de humano representam, então, o que é devido ao homem enquanto ser vivo da espécie humana, que é composta, segundo o ideário iluminista, por seres livres, iguais e com direito a um próprio projeto de felicidade.

Neste sentido, se o projeto das sociedades civilizadas contemporâneas é a construção de uma sociedade de consenso e livre, através de uma constituição democrática, a declaração dos direitos fundamentais é a parte central desta constituição, pois é através da efetivação destes direitos (*ratio essendi* do Estado de Direito) que o Direito realiza a liberdade e outros direitos nele reconhecidos (SALGADO, 2001, p. 246). São eles (sempre neste contexto) os direitos considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental por meio dos quais a idéia de liberdade, de projeto de felicidade e outras subjacentes recebem concretude. E, de forma mais genérica, se considerarmos que o direito moderno só existe na tensão entre faticidade e validade, podemos dizer que os direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático (GALUPPO, 2003, 236).

7. Estudo de Jurisprudência e Alerta

Neste diapasão de idéias, essas decisões judiciais constituem graves distorções da atu-

⁴ O suicídio, de crime (punível enquanto pára na tentativa), passa a ser objeto de estudo de várias ciências como a psicologia, a sociologia. Afinal, a tentativa de suicídio já não é mais um crime que se comete contra o poder que o soberano dispôs sobre a sua vida, mas algo que deva ser estudo dentro do ideário de normalização da vida – é a morte devolvida (FOUCAULT, 2001, p. 131).

al semântica dos direitos fundamentais. Observando, num primeiro momento, a limitação do acesso ao fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais, somente aos que comprovarem rendimentos mensais inferiores a 15 salários mínimos, temos que, a pretexto de promover a inclusão social (no âmbito da saúde pública) das pessoas detentoras de baixa renda produzindo justiça distributiva, o que o magistrado fez foi *criar um critério censitário*⁵ para o acesso aos direitos fundamentais, o que, por sua vez, é capaz de gerar uma exclusão infinitamente superior. Ora, o direito à saúde é direito humano, é devido a todos sem discriminações - sobretudo os de classe econômica, *de forma que a introdução de um critério censitário para o acesso aos direitos fundamentais é, antes de definir quem é o usuário do SUS, uma forma de definir o que é o ser humano no Brasil a partir de sua renda mensal.*

Isso representa um retrocesso inadmissível sob todos os pontos de vista, pois o que devemos buscar é justamente a globalização dos direitos humanos, da solidariedade e da tolerância. E isso, não se faz sem que estendamos pontes sobre os obstáculos que nos separam de nossos semelhantes. O momento é de contestação às invasões no Iraque, aos atentados terroristas e à *Doutrina Bush*, que tenta, nos típicos moldes da sociedade estratificada, recolocar o sistema do direito a serviço do sistema da moral, de forma que o direito agora estabilize determinadas expectativas morais e as imponha a todos com a intenção clara de legitimar o completo sacrifício dos direitos humanos sob o pretexto de resguardá-los. Dessa maneira, entendemos que:

É sob a base de uma argumentação moral que identifica a marcha pelos direitos humanos como sinônimo de ‘processo civilizatório’, que se justificam as bárbaras violações dos direitos humanos a que assistimos no Oriente Médio, e não apenas da parte de quem exerce despoticamente o poder naquelas regiões menos favorecidas pela noção ocidental de democracia, mas também pelos próprios paladinos da democracia e dos direitos humanos no Ocidente. Nessa hipótese, os direitos humanos são assumidos como valores morais, e não como normas jurídicas, o que significa que, para o sistema jurídico, eles representam uma dimensão simbólica e, como se sabe, os símbolos tanto revelam quanto ocultam algo sobre aquilo que simbolizam. (MAGALHÃES, 2003, p. 269).

Também as demais ofensas aos direitos humanos devem ser combatidas, pois o tempo não é de retorno aos injustificados privilégios de classe (a sociedade do século XVIII já reconhecia os absurdos dos privilégios de classe), mas de busca de formas de efetivação dos direitos declarados nos séculos anteriores. Aliás, entre nós brasileiros, devemos ressaltar, já há algum tempo, tivemos a oportunidade de superar um critério censitário, o voto censitário (a partir da renda mensal, este critério estabelecia os mecanismos de inclusão e exclusão para participação das importantes decisões políticas da sociedade), que foi estabelecido na Constituição de 1824 – *a Constituição da Mandioca* – que dispunha:

⁵ Que ou aquele que pagava censo – pensão anual que o enfiteuta pagava ao senhorio pela posse de uma terra ou em razão de um contrato (FERREIRA, 2001, p. 140).

Art. 92. São excluídos de votar nas assembleias paroquiais:

1º) Os menores de 25 anos, nos quais se não compreendem os casados e oficiais militares que forem maiores de 21 anos, os bacharéis formados e clérigos de ordens sacras.

2º) Os filhos-famílias que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos.

3º) Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio, os criados da casa de comércio, os criados da casa imperial que não forem de galão branco e os administradores das fazendas rurais e fábricas.

4º) Os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral.

5º) Os que não tiverem renda líquida anual de 100.000 por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas assembleias primárias de paróquias não podem ser membros nem votar na nomeação de alguma autoridade efetiva nacional ou local.

Art. 94. Podem ser eleitores e votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província, todos os que podem votar na assembleia paroquial. Excetuam-se:

1º) Os que não tiverem renda líquida anual de 200.000 por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

2º) Os libertos.

3º) Os criminosos pronunciados em querela ou devassa.

Art. 95. Todos os que podem ser eleitores são hábeis para serem nomeados deputados. Excetuam-se:

1º) Os que não tiverem 400 000 de renda, líquida, na forma dos artigos 92 e 94.

2º) Os estrangeiros naturalizados.

3º) Os que não professarem a religião do Estado.

Assim, não se pode, depois de já superada a autoritária, aristocrática e antidemocrática restrição ao acesso aos direitos políticos, instituir-se, em pleno século XXI, um critério censitário para acesso a direitos fundamentais (entre eles, claro, o direito à saúde). Os preceitos do Estado democrático de direito, os ideais de isonomia, de dignidade da pessoa humana não permitem a instituição de tal critério em hipótese nenhuma. Os direitos fundamentais são inatos à pessoa humana por sua simples pertinência à espécie humana, são inalienáveis, imediatos e constituem cláusula pétrea na Constituição de 1988⁶.

A Constituição da República de 1988 está imersa no paradigma constitucional do Estado democrático de direito, em que os direitos fundamentais, muito mais que previstos, devem ser concretizados, exercidos pela totalidade dos brasileiros. Perpassa assim, sobretudo, a idéia de inclusão, de acesso universal. Todos nós, independentemente de nossas castas, de nossas preferências filosóficas, clubísticas ou políticas, somos humanos, temos, a partir disto, pleno e imediato direito ao que nos é devido para o implemento das míni-

⁶ Exatamente por isso, a Constituição estabeleceu, como princípio orientador do SUS, a universalidade do acesso às suas ações e serviços.

mas condições de preservação de nossas vidas.

O operador do direito não pode, então, equivocar-se a respeito de qual o direito vigente e, muito menos, a respeito de qual o direito em vigor. A Constituição de 1988 refundou a ordem jurídica repudiando todo o ideário com ela incompatível, de forma que interpretações das normas constitucionais que retrocedem a paradigmas de Estado excludentes, como o que alicerçava a *Constituição da Mandioca*, não se legitimam no contexto do Estado democrático de direito, organizado pela atual ordem constitucional.

São inconstitucionais, portanto, decisões jurídicas que, em pleno século XXI, baseiam-se ou se fundamentam em substrato jurídico excludente e autoritário, como na época da *Constituição da Mandioca*. E também dicotomizar a sociedade entre pobres e ricos atribuindo, respectivamente, o sentido de *bem* e *mal* a pretexto de promover justiça distributiva, revela-se uma postura tipicamente maniqueísta cujo efeito é nefasto ao gerar *injustiça distributiva*, tratamento desigual aos desiguais, mas tratamento que não corresponde aos anseios de nenhum dos desiguais. Afinal, esta segmentação da sociedade em pólos opostos e de forma estanque dificulta justamente a inclusão social e se afasta dos objetivos propostos pela Constituição, na medida em que ela propõe a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Também a limitação do fornecimento dos medicamentos aos pacientes que possuem receituários de médicos vinculados ao SUS não deve prevalecer. Em primeiro lugar, porque essa condição encerra em seu bojo uma contradição insuperável quando associada à condição anterior (fato de auferir mensalmente menos de 15 salários mínimos). Ao limitar o fornecimento gratuito de medicamentos aos possuidores de menor renda mensal, com certeza absoluta, o magistrado pressupõe que as pessoas possuidoras de maior renda mensal podem dispor de serviços de saúde, no mínimo, de igual qualidade aos prestados pelo Estado, o que gera a faculdade de dispensar os serviços do SUS. De outra forma não haveria como o magistrado pretender excluir da identidade de usuário do SUS as pessoas detentoras de renda mensal acima de 15 salários mínimos.

Devemos lembrar que, se as pessoas detentoras de renda mensal acima de 15 salários mínimos não frequentam os serviços do SUS, elas frequentam os serviços de saúde privada e esses serviços são administrados e exercidos justamente pelos médicos não vinculados aos SUS. Logo, a contradição está em excluir, num primeiro momento, determinado grupo de pessoas dos serviços do SUS sob o fundamento de que os serviços privados podem suprir as necessidades dos pacientes – que podem pagar – com qualidade, e num segundo momento, novamente excluir determinado grupo de pessoas dos serviços do SUS, afirmando que os receituários e prescrições dos médicos dos serviços privados não devem ter valor perante o SUS, agora, sob o fundamento de que podem levar o SUS à anarquia e falta de conhecimento em saúde. Não há como fundamentar essa suspeita sobre os médicos, se antes consideramos que os bons serviços que eles prestam justificam até excluir cidadãos que possuem renda superior a quinze salários mínimos da qualidade de usuários do SUS.

Em segundo lugar, num sistema jurídico, a má-fé não é presumida, é provada, pois, de fato, a maioria dos deveres é cumprida espontaneamente, sem a necessidade de medidas coercitivas. Se dependêssemos somente (ou mesmo em larga escala) delas, de nada valeria ou nada significaria o direito. Afinal, direito não se define pela força, pela sanção ou pelo dever, mas, pelo contrário, o ordenamento jurídico e as normas jurídicas são, sobretudo, instrumentos de atribuição de direitos, de estabilização de expectativas. As presunções no Direito baseiam-se no que geralmente ocorre, o que as torna inaplicáveis *in casu*. Partir do pressuposto de que o outro atua de má-fé é atentar contra a dignidade humana ao transformar a exceção em regra e ao inverter valores. É buscar legitimidade para ofensas injustificáveis a direitos fundamentais e colocar a má-fé na essência do que é a humanidade, uma vez que a presunção de má-fé pode, como visto no caso em comento, até servir de fundamento para sacrifício de direitos humanos. Além do mais, a terapêutica adequada para cada caso concreto deve ser indicada pelo profissional de referência, graduado e legalmente habilitado para tanto, o qual tem o dever, ainda, de pesar os benefícios e prejuízos de determinado tratamento que prescreve. Aliás, saliente-se que são eles que respondem seja civil, seja penalmente, pelas consequências danosas advindas da prescrição de tratamento indevido.

Em terceiro lugar, exigir receituário do SUS, discussão já superada no âmbito do Ministério da Saúde, levaria os pacientes a procurarem os médicos da rede pública, apesar de já terem se consultado em outros serviços, apenas com o intuito de receber uma receita, o que traria um ônus dispensável ao sistema e geraria riscos desnecessários à saúde dos pacientes. Enfim, a exigência ora em comento, representa exclusão muito maior que a inclusão que pretende⁷.

Deve haver cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia, pois instituir um critério censitário para regular o acesso a direito fundamental não é compatível com nenhum princípio constitucional. Essa discriminação não é desejável pela Constituição e nem pela conjugação harmônica das normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. É, pois, intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer. Afinal, qualquer interpretação da norma que extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita, ofende o preceito constitucional da isonomia (MELLO, 2002, p. 47-48). No que se refere à interpretação dos direitos fundamentais, (SALGADO, 2001, p. 255) afirma que [...] “a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é princípio diretor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos”.

⁷ Neste ponto, urge trazer à colação julgado do TJMG, cujo teor se aplica à hipótese: “O Estado-Administração não pode erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado ao cidadão carente, notadamente na hipótese destes autos, em que o requerente é portador de moléstia gravíssima, e sem o uso do medicamento indicado por seu médico vê-se acometido de crises graves e frequentes.” (MINAS GERAIS, 2003).

8. Das Decisões Jurídicas

A partir da segunda metade do século XVIII, com a série de declarações sobre os direitos do homem, incomensuravelmente maior do que a soma das normas de direito universais até então conhecidas, ocorreu o advento da chamada Era dos Direitos marcada pela crença de que mediante o estabelecimento de normas gerais e abstratas resolvia-se o problema do controle social, garantia-se a civilidade, o fim dos odiosos privilégios de nascimento, o respeito ao outro e a efetividade desse antigo sonho da realização da justiça (CARVALHO NETO, 2003, p. 158).

A aplicação das leis, naquele contexto, acreditava-se, deveria ser cega às especificidades das sempre distintas situações de aplicação, de forma que, dada a capacidade de racionalmente, por intermédio da fórmula da lei, regularmos a vida moral, ética e jurídica, ficaríamos livres de problemas no campo da aplicação normativa (CARVALHO NETO, 2003, p. 157). E a despeito da Era dos Direitos, nunca tantos direitos foram lesados em nome dos próprios direitos humanos.

Afinal, um dos grandes entraves à efetivação dos direitos humanos deveu-se ao fato de que o discurso de aplicação dos direitos foi confundido com o da sua elaboração, e, além disso, houve pouca conscientização acerca do fato de que mesmo tendo acesso às normas jurídicas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos – caráter textual do direito moderno –, isso não coloca os textos como os sujeitos da atividade de interpretação (CARVALHO NETO, 2000, p. 475).

Não podemos pretender que com a racionalização, em termos de estabelecimento de uma legislação abstrata (*pena mágica do legislador*) tenhamos resolvido os problemas da vida concreta, pois, pelo contrário, a normatividade tem limites, e o Direito Moderno não regula nem a si mesmo, visto que se dá a conhecer por textos que, por definição, são manipuláveis (CARVALHO NETO, 2003, p. 159).

A situação do aplicador do direito transcende a qualquer tentativa de reduzi-lo a um mero expectador (*bouche de la loi*) do processo decisório (CARVALHO NETO, 2000, p. 479) e envolve mais que silogística formal do pensamento lógico em sua abstração – é mais que mero ato de conhecimento formal do mundo (BITTAR, 2004, p. 167). Nossa situação no mundo é uma situação hermenêutica, de forma que não interpretamos só o texto, atribuímos sentido, interpretamos o tempo inteiro e as nossas interpretações dependem de uma série de não ditos, de supostos (CARVALHO NETO, 2003, p. 158-159). A legislação abstrata, nesse sentido, é um instrumento do trabalho de aplicação.

Somente as “[...] normas gerais isoladas não esgotam a complexidade da vida” (CARVALHO NETO, 2003, p. 157), então, o Direito, inicialmente conjunto de sentidos e princípios forjados pela sociedade, sob seus padrões de cultura, é, a seguir, também produto do homem, positivado no ordenamento e nas normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 21), de forma que no momento seguinte: “[...] produto (reproduzido) do homem, permanece a ser

sob cada decisão na qual se dê sua aplicação a casos concretos. Insista-se: também há produção (reprodução) do Direito na sua aplicação a cada caso concreto” (GRAU, 1988, p. 21), o que se revela não uma ciência, mas uma prudência (GRAU, 1988, p. 22) que se exerce na concretude e singularidade dos casos concretos, levando-se a sério, não só os direitos, mas a proporcionalidade, a razoabilidade e os mecanismos de inclusão e exclusão que operam por trás deles; e que deve satisfazer os requisitos mínimos de aceitabilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 97), dentro de um senso de adequabilidade, conforme Günther, citado por Carvalho Neto (2003). Reconhece-se assim que a tarefa que cabe aos aplicadores do direito, sobretudo os magistrados, não é simples. E como já advertia o sociólogo português Santos (2001, p.180):

[...] As novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular. Esses conhecimentos têm de ser tornados disponíveis e, sobretudo no que respeita aos conhecimentos sobre administração da justiça no nosso país, esses conhecimentos têm ainda de ser criados [...]. É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios [...]. Por outro lado, ele tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade.

Então, se por um lado o papel do aplicador do direito não é atuar segundo uma lógica meramente formal, não é também, diante de um caso concreto, definir qual valor envolvido – seja a saúde, seja a economia – é mais importante, pois, em primeiro lugar, essa ponderação de valores não faz parte do código do sistema do direito, e, em segundo lugar, ao agir dessa forma, o aplicador entra no campo da conveniência. E, de fato, o direito:

Não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos [...]. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Assim, não é no âmbito da ponderação de direitos como valores (a conveniência do juiz não é mais importante que a do legislador) ou na aplicação do raciocínio meramente lógico-formal que o aplicador deve formular suas decisões. É no exame do caso concreto com todas as suas singularidades, que o tornam irrepetível, que o aplicador, sobretudo o juiz, pode, ao encontrar a norma adequada (e não o maior valor) para aquele caso específico, garantir a aceitabilidade das decisões de direito, convencendo racionalmente os afetados da decisão acerca de sua consistência, de forma que nem a justiça, nem a segurança jurídica e demais instituições sejam lesadas.

A imparcialidade, neste contexto, é garantida justamente quando o aplicador entra na perspectiva de cada um dos envolvidos no caso a fim de que, através das características

singulares do *hard case*, ele encontre a norma aplicável, segundo o senso de adequabilidade. Isso é de extrema importância porque:

É sob a base de uma argumentação moral que identifica a marcha pelos direitos humanos como sinônimo de ‘processo civilizatório’, que se justificam as bárbaras violações dos direitos humanos a que assistimos no Oriente Médio, e não apenas da parte de quem exerce despoticamente o poder naquelas regiões menos favorecidas pela noção ocidental de democracia, mas também pelos próprios paladinos da democracia e dos direitos humanos no Ocidente. Nessa hipótese, os direitos humanos são assumidos como valores morais, e não como normas jurídicas, o que significa que, para o sistema jurídico, eles representam uma dimensão simbólica e, como se sabe, os símbolos tanto revelam quanto ocultam algo sobre aquilo que simbolizam. (MAGALHÃES, 2003, p. 269).

9. Conclusão

A semântica dos direitos humanos encontra-se em evolução constante, o próprio direito à saúde se encontra em evolução, até porque, de maneira alguma, acreditamos que o atual estágio de evolução é capaz de atender aos anseios da humanidade. Os próprios fatos falam por si, e o continente africano por todos. De fato, a expressão direitos humanos encobriu uma dualidade: a latente diferença entre inclusão e exclusão que, anteriormente, manifestava-se de maneira mais evidente como a diferença entre gregos e bárbaros, senhor e escravo, cristãos e pagãos, fiéis e infiéis, homens e mulheres, é supostamente abolida sob o manto universalizante da noção de humanidade e direitos humanos, de forma que já não há mais uma referência única que permita referir-se ao homem como excluído ou não, participante ou não da comunicação social (MAGALHÃES, 2003, p. 211).

E à medida que se diferenciam sistemas sociais voltados para solução de específicos problemas sociais, os mecanismos de inclusão e exclusão também se especificam e, com isso, a idéia original de que, em função dos direitos humanos, todos os homens fossem incluídos na sociedade se dá no exato momento em que a diferenciação funcional torna cada um dos sistemas sociais soberano para criar e realizar suas próprias formas de inclusão social (MAGALHÃES, 2003). Neste ponto, a inclusão universal dos homens na sociedade traduz-se, nessa medida, como também a exclusão universal dos homens porque todos os sistemas realizam, hoje, operações de inclusão e exclusão, conforme De Giorgi⁸, citado por Magalhães (2003).

Na sociedade, então: “[...] toda exclusão é o outro lado de uma inclusão; toda e qualquer inclusão gera exclusão. E toda e qualquer inclusão, praticada por cada um dos sistemas globais, é uma forma globalizada de exclusão” (MAGALHÃES, 2003, p. 266). Neste passo, conforme Corsi, citado por Magalhães (2003), a questão da exclusão social então

⁸ “Esta sociedade pratica a inclusão universal de todos dentro das operações dos sistemas sociais. Mas a inclusão é somente uma face de uma distinção que em outra face produz exclusão. A distinção fundamental, com base na qual esta sociedade opera, de fato é a distinção exclusão-inclusão”.

não é só uma questão política: não depende simplesmente das relações de poder; não é uma questão só econômica: não se pode eliminar com uma diferente distribuição de recursos; e nem é só uma questão jurídica: não são os vínculos normativos os que podem produzir todas as transformações.

O direito, como a política, não é um sistema que representa a sociedade na sociedade, de tal sorte que: “[...] as teorias dos direitos humanos por si só não estão em grau de oferecerem garantias quanto à humanidade de sua utilização” (MAGALHÃES, 2003, p. 267). Dessa maneira, como a toda inclusão corresponde uma exclusão, vemos que é patente o sucateamento da rede hospitalar pública, vemos a EC 42, de forma inconstitucional, permitir o deslocamento de recursos destinados à seguridade social para o pagamento da dívida pública. Presenciamos ainda a inércia generalizada em relação ao processo de envelhecimento pelo qual passa a população brasileira, o qual requisita imediatas e contundentes reformulações no modelo de saúde pública – modelos comunitários centrados na prevenção, na reabilitação, no saneamento básico e na regularidade e universalidade dos serviços e ações de saúde e à precariedade (existem exceções) do atendimento prestado no âmbito do SUS: as filas imensas, a curta duração das consultas, a péssima remuneração dos profissionais, a carência do sistema preventivo, entre outros dramas.

O cenário não é para desespero, mas para conscientização de que o ponto máximo que podemos alcançar é um maior controle de riscos porque não há teoria ou discurso capaz de congelar a dinâmica da vida. Mecanismos de inclusão social diversos podem ficar defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos que demandam criação de mecanismos de inclusão social, quando desistimos de exorcizá-los e tentamos controlá-los (CARVALHO NETO, 2001). Diante disso temos que evoluir e exercer uma práxis transformadora na experiência diária da democracia a fim de concretizarmos tantos direitos declarados. Por sua vez, a declaração do direito à saúde como um direito de todos, certamente tem inúmeros pontos positivos. A análise do círculo normativo revela, entre outros pontos, que existe um aumento no processo de busca da afirmação de dignidade por meio da preservação do direito à saúde. Observa-se ainda que há uma participação cada vez maior (ainda pequena) dos destinatários das ações e serviços de saúde na sua formulação, aplicação e avaliação.

Além disso, a atuação do Ministério Público, ajuizando ações coletivas diante da inércia ou incompetência do Estado, tem se mostrado fundamental para a construção do SUS e proporcionar o acesso à saúde que seja efetivo e de qualidade. Importante é percebermos, de forma clara, os riscos e os interesses inconfessáveis e privados existentes na idéia de sacrificar, violar direitos humanos na defesa de direitos humanos, pois foi como gestores da vida e da sobrevivência dos corpos e da raça que tantos regimes puderam travar tantas guerras, causando a morte de tantos homens (FOUCAULT, 2001, p. 131).

Uma decisão judicial é muito mais que um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, rejeitando-se outras. É muito mais que uma construção silogística, é uma opção

pela alternativa que satisfaz os requisitos mínimos de aceitabilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 97) e não de conveniência, no contexto de uma lógica jurídica não reduzida à lógica formal, mas identificada com a lógica do razoável, conforme Alves, citado por Bittar (2004).

O magistrado deve atentar para o fato de que o fenômeno jurídico é pluridimensional dotado de conteúdo empírico, axiológico e constitui verdadeira prudência. Um “[...] produto cultural – na medida em que é uma invenção do homem – urdido a partir do confronto das forças sociais e também expressão ideológica, há que tomá-lo, o jurista, como objeto de indagação desde a perspectiva teleológica” (GRAU, 1988, p.36). E considerando ainda que toda aplicação do direito produzido é uma (re) produção do próprio direito, o magistrado, e todos nós, demais aplicadores do direito, devemos ser prudentes no direito que (re) produzimos, para que, parafraseando Magalhães (2003), a luta pelos direitos humanos não seja um motivo para retorno à barbárie.

10. Bibliografia

A Revolta da Vacina. Disponível em: <www2.prossiga.br/Ocruz/trajetoria/diretoriageral/31campanhas/revoltadavacina.htm>. Acesso em: 23 jun. 2005.

BITTAR, E. Lógica. In: BITTAR, E.; SOARES, F. M. (Org.). *Temas de filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolos Clínicos e diretrizes terapêuticas: medicamentos excepcionais. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 5.986/RS. Relator Min. Laurita Vaz. Brasília, 9 de outubro de 2001.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.

_____. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 1, p.11-20, mar. 2001.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.